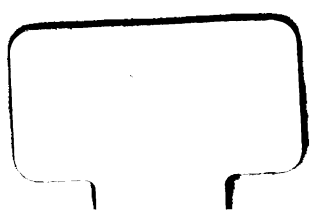
SACERDOTI

DELLA RESCISSIONE DEI CONTRATTI

1868

DELLA

RESCISSIONE DEI CONTRATTI

PER LESIONE

DEL DOTTOR ADOLFO SACERDOTI

(Estratto dall'*Eco dei Trib.*, NN. 1912-1913, 1915-1916).

VENEZIA 1868.
TIPOGRAFIA DELLA GAZZETTA.

Se si volesse stare strettamente attaccati ai principii rigorosi di diritto, la rescissione dei patti per lesione sarebbe inammissibile. Ed invero essa è un mezzo rescissorio dei contratti per l'unico motivo che quanto diede una parte non istà in proporzione con quanto fu dato dall'altra. Non monta che la parte lesa versasse o meno in errore, fosse o meno tratta in inganno; il solo fatto della sproporzione del correspettivo autorizza l'azione rescissoria. Non si va forse con ciò contro alla massima che il consenso prestato liberamente, seriamente e senza ambiguità costituisce un obbligo irretrattabile? A tal questione non si può rispondere che in modo categorico e affermativo.

Egli è perciò che, a giustificare la rescissione per lesione, conviene ricorrere ai principii dell'equità, che il Degerando intitola il fiore della giustizia. Lo stringente bisogno, od altro fortissimo impulso può indurre, sia a vendere, sia a comperare a prezzi rovinosi. È equo che in questi casi intervenga la legge e autorizzi la parte lesa a toglier di mezzo il contratto, od almeno ad esigere che sia ristabilito l'equilibrio colla prestazione del supplemento del prezzo. È la lesione uno di quei casi che il romano diritto mirabilmente scolpisce colle parole: « Et si nullus dolus intercessit stipulantis, sed ipsa res in se dolum habet » (L. 36, ff. *de verb. obl.*). Se poi vi fu errore, ignoranza da un lato, dissimulazione, inganno dall'altro, la rescissione per lesione non sarà più soltanto fondata in equità, ma sarà altresì consona alla più stretta giustizia (1).

(1) A dimostrare come si possa ammettere l'azione rescissoria per lesione senza cadere con ciò in un'incoerenza colla

La rescissione per lesione, in quanto fosse effetto di errore o di dolo, era ammessa in Roma anche dal diritto pretorio; ma qual mezzo speciale di rescissione, indipen-

libertà dell' interesse del danaro, quando quest' ultima sia accompagnata da accorgimenti di legge, che, senza lederne la sostanza, impediscano la sua degenerazione in licenza, ci limitiamo a citare il seguente brano della *Relazione sul progetto del terzo libro del Codice civile*, presentato in iniziativa al Senato dal Ministro guardasigilli (Pisanelli) nella tornata del 26 novembre 1863:

« Parve a taluno che ammettere questa rescissione mentre nel progetto viene stabilita la libertà dell' interesse convenzionale, implicasse una contraddizione di sistema.

« È però a notarsi che tutto il rigore delle leggi civili e penali non valse ad impedire l' usura; questa presentavasi celata sotto mille forme diverse, e, appunto perchè celata, sorpassava ogni limite. Proclamando la libertà degl' interessi convenzionali, la legge richiede che risultino da atto scritto quando eccedono la misura legale. Il mutuante deve avere il coraggio di apparire qual è, e di affrontare così l' opinione pubblica.

« Nella vendita avviene diversamente. Il compratore cerca un lucro esorbitante, senza che questo risulti dal contratto, non havvi per lui alcun ritegno derivante dall' opinione pubblica.

« D' altronde, ed è questa la ragion principale della differenza, chi mutua danaro corre il pericolo di perderlo; il valore dei capitali è quindi determinato non solo dalla domanda e dall' offerta, ma ancora dai rischi maggiori o minori, cui trovansi esposti nella circolazione. Il premio dell' interesse, come avviene in quasi tutte le operazioni commerciali, risponde naturalmente ai due elementi. Ciò non si verifica generalmente nell' acquisto di un immobile.

« Si noti inoltre che viene data facoltà al debitore di restituire, dopo 5 anni dal contratto, le somme portanti un interesse maggiore della tassa legale, in guisa che egli non sarà tenuto a pagare il detto interesse durante quel maggiore termine che siasi convenuto per il pagamento del capitale. Tale facoltà, che deroga al principio generale per cui la mora può essere stabilita nell' interesse di tutte le parti, si risolve sostanzialmente in una rescissione *sui generis* del contratto di mutuo. Onde la rescissione della vendita per causa di lesione, anzichè costituire

dente dall' ignoranza e dalla frode, fu introdotta per la prima volta con rescritto degli Imperatori Diocleziano e Massimiano (legge 2, *Cod. de rescindenda venditione*), e introdotta precisamente per motivi d' equità, che il rescritto esprime colla frase *humanum est*. Variarono le interpretazioni di questa legge. Nel suo tenore letterale essa suona un beneficio concesso esclusivamente pel contratto di compravendita di cose immobili, ed in esso solo alla persona del venditore. Il fatto però che trattasi d' un rescritto, d' una legge, cioè emanata per un caso speciale e dettata quindi in corrispondenza alle circostanze del medesimo, ma i cui principii secondo il sistema del diritto romano andavano estesi ad ogni caso, per cui valessero analoghi motivi; la ragione adotta dell' equità, ragione, che milita egualmente per la compravendita d' immobili, come per qualunque altro contratto, per il venditore come per il compratore, sono argomenti che indussero molti ad estendere la portata di quella legge più assai di quanto a stretto rigore essa parrebbe significare. Il Serafini nel suo *Trattato di diritto romano* si associa all' opinione di coloro, che stimano essersi il rescritto di Diocleziano applicato nella pratica nel senso più lato. Il Codice teodosiano però non lo riprodusse; esso compare solamente nel corpo del diritto giustinianeo. Secondo il Domat la azione per lesione era ammessa dal diritto romano nelle divisioni ereditarie stragiudiziali, qualunque fosse la forma di patto ch' esse avessero vestito, e la natura degli enti che ne avessero formato l' oggetto. L' Haimberger stima invece che le divisioni ereditarie stragiudiziali si potessero impugnare solo in caso di dolo od errore. Sembra però più fondata l' opinione del Domat, poichè il passo relativo usa le parole *per fraudem vel dolum, vel perperam* (L. 3, *Cod. majoribus; communia utriusque judicii*), e nella voce *perperam* è evidentemente compresa la lesione.

una contraddizione nel sistema legislativo in rapporto all' interesse del danaro, trova invece un riscontro nella facoltà concessa al debitore di sciogliersi dopo un determinato tempo, dal pagamento di interessi che fossero per avventura esorbitanti ».

Le due differenti interpretazioni del rescritto di Diocleziano trovano il loro riscontro nei moderni Codici. Il francese e l'italiano del 1866 stanno pel significato più ristretto, l'austriaco per il più lato.

Prescindendo ora dalla più retta comprensione del diritto romano in proposito, il disposto del Codice austriaco sembrami più equo e più razionale. Ed invero, se si può cadere in un fallace apprezzamento del valore in una compravendita, una permuta (2), una locazione, una cessione di crediti non sono parimenti suscettibili di lesione? Se essa è possibile rispetto agli immobili, non lo è per avventura a maggior ragione riguardo agli oggetti mobili, il cui valore non può desumersi dai catasti, nè dai contratti di pigione e di fitto, nè è così relativamente fisso e generale come quello degl'immobili? Nè dicasi che, appunto perchè variabilissimi nel valore, i mobili non ammettono lesione. Sarà questo un motivo per esigere un limite più elevato nella lesione, giammai per non farne un mezzo rescissorio dei contratti. Nel campo commerciale bensì ragioni di pubblico interesse, la presunzione che i trafficanti debbano conoscere i prezzi delle cose, su cui negoziano, potranno rendere opportuna la speciale misura di escludere la rescissione dei patti lesivi all'intento di rendere più spigliati gli scambii; ma tale eccezione non dovrà estendersi oltre certi limiti, e, se sarà ammissibile in confronto dei commercianti, non lo sarà più nei riguardi di persona non commerciante, anche trattandosi di un atto mercantile. In materia civile poi non v'è alcun motivo per negare rispetto agli oggetti mobili la rescissione per lesione, quando si ponga mente alla progressiva importanza della proprietà mobiliare al giorno d'oggi. Il diniego dell'azione per lesione, trattandosi di oggetti mobili, è tradizionale in Francia; anche sotto l'antico regime essa accordavasi solo per gli oggetti mobili preziosi;

(2) Mastrofini, *Della maniera di misurare la lesione enorme ne' contratti*, ed. 2., Milano, 1833 (la 1. è di Roma 1832); ravvisa in ogni permuta una compravendita, in cui chi fa l'offerta è il venditore, chi la accetta è il compratore.

e non fu accolta neppure per questi dal Codice Napoleone a motivo della difficoltà di segnare il limite preciso che li separa dai non preziosi. Lo Statuto veneto contemplava anche la lesione nelle alienazioni mobili, e se si fossero venduti buoi, vino, biade ed altri generi di prima necessità a famiglie povere a prezzo alterato, il venditore era tenuto a prestare il doppio della quantità dei generi venduti a prezzo lesivo (legge 1572, 12 marzo),

In materia commerciale, secondo la legislazione francese e l'italiana, non è parola di rescissione per lesione. Essendo essa esclusa da quei Codici anche in argomento civile pei beni mobili, i quali costituiscono l'unica sfera d'attività dei trafficanti, essa rimane implicitamente eliminata dagli atti mercantili. Nelle Provincie nostre, mentre coesistevano il Codice civile austriaco e quello di commercio del primo Regno d'Italia, v'era molto a dubitare, se o meno si potesse applicare l'azione per lesione agli atti commerciali. Essa repugnava, è ben vero, allo spirito di quel Codice mercantile, atteso il sistema legislativo a cui esso era originariamente coordinato, ma, siccome nessuna disposizione vi si conteneva in proposito, così non mancava d'appoggio l'opinione che si dovesse ricorrere qual fonte sussidiaria al Codice civile, non essendo allora ammessa la precedenza su questo della consuetudine, come pel Codice di commercio germanico del 1862, e quindi autorizzare eziandio nel campo dei traffici la rescissione per lesione accordata dal Codice civile austriaco anche pei mobili.

Nelle Conferenze di Norimberga per la compilazione del Codice di commercio germanico, discutendosi l'art. 286, alcuni rappresentanti avrebbero voluto che la rescissione per lesione fosse esclusa solamente nei riguardi del ceto mercantile, ma che pei non commercianti valessero le disposizioni del diritto civile vigente nei singoli Stati. Essi sostenevano, non esservi ragione sufficiente per privare i non commercianti dell'azione rescissoria pel solo fatto che furono danneggiati all'occasione d'un atto mercantile. Ma presso la scienza germanica l'azione per lesione incontra poco favore da quando Tomasio ebbe ad acremente com-

batterla e a dichiarare apocrifo il passo di diritto romano che vi si riferisce. Fu questo, a mio avviso, il verace motivo per cui la proposta limitazione a favore dei non commercianti non riportò la maggioranza dei suffragii, piuttosto che l'altro registrato nei protocolli delle Conferenze sulla somma varietà delle leggi vigenti in proposito nei diversi Stati, per cui in Prussia è solo il compratore che può rescindere il patto lesivo, nei Paesi renani l'azione per lesione è accordata solo rispetto agl'immobili, in Sassonia è proscritta in ogni caso. Ed infatti in argomenti d'importanza eguale al presente, ed anche maggiore, lo stesso Codice germanico si rimette alle leggi del paese, qual è il caso del limite degl'interessi convenzionali, dell'autorizzazione governativa per il costituirsi di società per azioni; eppure anche su questi punti sono molteplici le discrepanze fra l'uno e l'altro Stato. L'avversione dei rappresentanti per l'azione di lesione si manifestò apertamente quando la dichiararono « una grossolana misura d'opportunità », ed esigettero fosse messo a processo verbale che i motivi adotti dalla maggioranza in argomento potrebbero valere per suggerire in tutti « gli Stati germanici l'abolizione del rimedio della lesione enorme » (3). Il tenore però dell'art. 286 del Codice di commercio germanico farebbe arguire essersi ammessa la rescissione dei patti lesivi quando la lesione fosse enormissima. Vi è detto infatti: « non si possono impugnare atti di commercio » per lesione enorme e *particolarmente* per lesione oltre » alla metà ». Quella parola *particolarmente* dimostra all'evidenza che il legislatore non volle turbare la sicurezza dei traffici, pel caso non difficile ad avvenire che vi sia dall'una o dall'altra parte guadagno del doppio, ed anche alquanto oltre, ma che non intese di proteggere l'eccezionale furfanteria di chi profittasse delle circostanze per lucrare cinque o dieci volte sul valore della cosa.

Con poca giustizia distributiva il Codice francese e

(3) Protocolli delle Conferenze, tornata 47; Venturi, *Codice di commercio*, p. 415.

l'italiano fanno divario fra compratore e venditore, concedendo solo a quest' ultimo la rescissione contro la lesione. Vero è bensì che quei Codici non la mantengono, che trattandosi di fondi, e che molte volte sono le tristi condizioni economiche, in cui versano le famiglie, che le inducono a spogliarsi dei beni immobili, anche a vilissimo prezzo, per cui il pericolo sta spesso dalla parte del venditore; ma ciò non toglie che si possa verificare il fatto che il venditore speculi sopra il fondo e profitti dell' inesperienza dell' acquirente per ritrarre un prezzo esagerato, e che vi sia per proteggere il compratore l'identico motivo, per cui nel caso opposto la legge si fa ausiliaria dell' alienante. La restrizione dell' azione per lesione al venditore fu introdotta *ex novo* in Francia dal Codice civile; la antica giurisprudenza francese la allargava invece anche al compratore. Il Codice austriaco, che ammise la rescissione anche per gli oggetti mobili, non poteva fare a meno di estenderla all' acquirente, poichè è quest' ultimo soltanto che di consueto è esposto al pericolo della sproporzione nel correspettivo nelle contrattazioni, che si riferiscono agli oggetti mobili.

Secondo il Codice francese e l'italiano non è ammessa l' impugnativa per lesione delle vendite dei beni immobili di minorenni, perchè fatte a mezzo dell' asta giudiziale. Tranne queste vendite, le divisioni, l'accettazione di donazioni, i patti nuziali, le transazioni, gli atti tutti sono accompagnati da rigorosissime formalità nei riguardi dei minori, secondo il Codice francese. Quest' ultimo ammise l' azione per lesione in ogni contratto e senza distinzione fra alienante ed acquirente a favore dei minorenni non emancipati (articolo 1305), formando così di ciò che, applicato a tutti, sarebbe stato perfettamente equo, un privilegio esorbitante. Saviamente l' art. 1304 del recente Codice italiano sancì in quella vece che « gli atti compiuti » nel modo voluto dalla legge nell' interesse d' un minore » hanno la forza che avrebbero, se fossero fatti da un » maggiore di età pienamente capace ».

La legislazione austriaca, per quanto facesse dell' azione per lesione un mezzo generale rescissorio, doveva

di necessità escluderla da quei patti che vi repugnano per l'intima loro natura; essa rimase dunque tolta da una intera categoria, da quella dei contratti di sorte (4). Meno razionale è il disposto del medesimo Codice che pareggia in questo rapporto la transazione ai contratti di sorte, disposto giustificato solo dall'analogia che corre fra la transazione e la cosa giudicata (5).

Esaminati i vari casi, in cui può verificarsi rescissione dei patti lèsivi, ci si presenta una questione importantissima; l'indagine cioè sull'indole personale o reale dell'azione per lesione.

Ci affrettiamo a dichiararlo; innanzi alla logica del diritto essa non può vestire altro carattere che quello di un'azione personale. Infatti: abbiamo innanzi un contratto perfetto; la proprietà dell'oggetto è trasferita nell'acquirente; il venditore gravato, se rivendica l'ente ceduto, non lo fa sicuramente quale proprietario, ma solo come danneggiato; l'impetito può legittimamente rifiutarsi alla restituzione, purchè presti il supplemento del prezzo. E alla prestazione di questo supplemento soltanto da parte del primo acquirente deve di ragione limitarsi il diritto del contraente leso se l'oggetto nel frattempo divenne proprietà di terzi; e se, pur rimanendo esso in mano del primo acquirente, un terzo vi ottenne sopra qualche diritto, il diritto del terzo deve rispettarsi, e, avendo luogo

(4) La giurisprudenza sotto le leggi austriache fu concorde nell'ammettere la rescissione del contratto di vitalizio a titolo di lesione quando la vendita della cosa alienata eccede l'annua corresponsione pattuita, così che il vitaliziante ottiene un lucro sicuro senza correre rischio di sorta. Vi fu invece molta oscillanza nelle decisioni della Cassazione francese in proposito. Troplong parteggia per quei giudicati che annullarono i vitalizii lesivi.

(5) Mastrofini, *op cit.*, c. XXII, § 407, cita la l. 38, ff *de transactione*, secondo cui la transazione era impugnabile solo *nullo dato vel retento*; altrimenti chi avesse impugnata una transazione andava notato d'infamia per un rescritto d'Arcadio ed Onorio (l. 41, Cod.).

la ricupera, il rivendicante troverà il suo indennizzo pel valore scemato, a motivo dei pesi costituiti sopra dell'ente, in un abbuono sulla restituzione del prezzo (6).

Questi principii, che appaiono tanto semplici, non furono però accolti da tutti, e la questione sulla natura dell'azione per lesione ferve fin dai tempi di Baldo e di Bartolo, e non è sopita peranco al dì d'oggi, quantunque si possa dire che al presente il maggior numero stia per eliminare la natura reale e risguardare questo mezzo rescissorio come puramente personale.

Carabelli nel suo *Trattato del diritto ipotecario* al cap. XIV, nel sostenere il carattere personale dell'azione per lesione, cita ad appoggio il seguente frammento dei Digesti: « non adversus eum, in quem emptor dominium » transtulit, rei vindicatio venditori, sed contra illum cum » quo contraxerat in integrum restitutio competit (legge » 10 Cod. *de rescindenda venditione*) », frammento, che, sebbene applicato dalla legge romana al caso del dolo, pure per analogia di motivi va esteso anche a quello della lesione, non esistendo nel *Corpus juris* alcun passo che autorizzi la rescissione per lesione a pregiudizio dei terzi, essendovene anzi uno che esplicitamente dichiara perfetta la proprietà del primo acquirente così che il venditore leso non possa riavere alcun diritto reale sulla cosa finchè non restituisca il prezzo per essa ricevuto (l. 9 D. XVIII, *de rescindenda venditione*).

La disputa fra Baldo e Bartolo s'aggirò su uno dei punti della tesi, sulla validità cioè delle ipoteche costituite sul fondo dall'acquirente a vantaggio di terzi creditori. Si comprende però tosto che quegli stessi motivi che valgono per l'ipoteca, vanno applicati eziandio alla proprietà e ad ogni altro diritto reale.

(6) Nel caso che sia leso il compratore e rivenda ad un terzo la cosa a giusto prezzo, secondo il Mastrofini (*op. cit.*, c. XV, § 265), non è egli abilitato ad agire contro il primo venditore, avendo questi diritto all'alternativa fra la prestazione del supplemento e la restituzione del prezzo dietro il ritorno della cosa, il quale nel supposto caso non potrebbe avvenire.

Baldo vede nella azione per lesione un' azione di rivendicazione inerente al fondo e che risolve il diritto acquistatovi sopra dal terzo (in leg. 2 in 9 *column. vers.*). Bartolo invece nota che la ricupera può essere bensì l' effetto dell' azione per lesione, ma che il compratore può rifiutarsi a restituire il fondo, che dunque non è sulla cosa che incombe il diritto del venditore, ma che esso esiste solo in confronto della persona dell' acquirente (in leg. 3 num. 2 Dig.).

Carabelli scrive che meglio di Bartolo toccò il vero punto della questione Vinnio, sostenendo il diritto del creditore ipotecario sul fondo venduto a prezzo lesivo perchè rettamente costituito da chi aveva il pieno dominio sulla cosa (*selectae questiones*, lib. 2, cap. 5). Con ciò Vinnio attaccò di fronte la teoria di Baldo, che Bartolo aveva combattuta solo di fianco, e le tolse così quegli appigli ad ulteriori argomentazioni, che forse le aveano lasciati gli obbietti di Bartolo.

Troplong nel suo *Commentario della vendita* (capitolo VI § 801 e seg.) si mostra parteggiante per l' indole reale dell' azione rescissoria per lesione. E ciò perchè, come Baldo, vede essenzialmente in essa la rivendicazione del fondo venduto. La legislazione francese, sia sotto l' antico regime, sia sotto il Codice Napoleone, dà vigore alla azione per lesione anche in danno d' un terzo possessore. In Francia nei secoli andati la lesione, come tutte le cause di *restitutio in integrum*, formava oggetto d' un rescritto regio che abilitava il giudice a dichiarar rescisso il contratto. Quest' ultimo, in seguito a ciò, stimavasi nullo fin dall' origine, e riuscivano quindi nulli tutti gli atti compiti dal compratore sull' oggetto venduto nel frattempo, compresa anche la vendita ad un terzo, che poteva di tal guisa venir costretto alla restituzione. Colla legge del 7 settembre 1790 furono aboliti in Francia i rescritti di rescissione, sicchè la facoltà di toglier di mezzo il contratto lesivo rimase esclusivamente demandata alla magistratura. La legge del 14 fruttidoro, anno III, vietò la rescissione dei contratti per lesione. Il Codice Napoleone, dopo animatissime discussioni in seno al Consiglio di Stato,

rimise in vigore l'azione per lesione, limitandola in quel modo, di cui già fu tenuta anteriormente parola. Ma esso pure non seppe imporle quel limite, che di tutti sarebbe stato il più logico, e che avrebbe garantito almeno in una parte la sicurtà dei possessi, messa in forse da tante viziose disposizioni della legislazione francese, non sancì cioè, essere l'azione per lesione in ogni caso una semplice azione personale. Esso dichiarò invece il contrario, solo dando al terzo possessore il diritto, che non negò neppure al primo acquirente, di liberarsi dalla restituzione prestando il supplemento del prezzo (art. 1681) e attribuendogli, com'era ben naturale, il regresso verso il suo autore. Analoga disposizione sta nell'art. 1527 del Codice delle Due Sicilie. Una volta dichiarata l'azione per lesione esercibile contro un terzo acquirente del fondo, la logica del principio esige la medesima azione possa aver luogo anche a pregiudizio di chi acquistò sul fondo qualche diritto reale diverso dalla proprietà, come l'ipoteca. Nè, posto ciò, si può con Carabelli ammettere che l'art. 2125 del Codice Napoleone (art. 2186 dell'Albertino, art. 2011 del Siciliano), il quale dichiara sospese e condizionate le ipoteche sopra fondi quando il diritto del concedente sui medesimi « è soggetto ad essere risolto in casi determi» nati od annullato », non comprenda l'azione per lesione. Questa, sotto il regime del Codice francese, è un'azione sostanzialmente reale e quindi, se colpisce il terzo possessore, risolve eziandio le ipoteche costituite sul fondo.

Il Codice austriaco, basato sul sistema tavolare, non poteva ammettere, come nota Carabelli, la esercibilità dell'azione per lesione contro i terzi. Il § 934 del detto Codice dà chiaramente a vedere che il contratto vien ritenuto valido e che l'acquirente resta legittimo proprietario della cosa finchè non venga esperita l'azione per lesione, la quale è così poco risguardata una causa di nullità originaria del negozio che il successivo § 935 la denomina un *rimedio di diritto*. Il Basevi nella sua nota al § 468 del Codice austriaco, parrebbe inclinato all'opinione che il mezzo rescissorio della lesione operi contro i terzi creditori ipotecari nelle Provincie, come le nostre,

in cui non furono istituiti i libri fondiari. E ciò perchè quel paragrafo minaccia la risoluzione dell'ipoteca solo nel caso in cui la condizione risolutiva apparisse dai pubblici libri. Nell'assenza di questi, osserva il Basevi, lo spirito di quel paragrafo esige che l'ipoteca cada, ogni qualvolta la condizione risolutiva fu in qualsiasi guisa possibile a conoscersi al creditore ipotecario. Ora la lesione si può facilmente rilevare dall'esame del titolo d'acquisto del fondo; chi dunque trascurò questo esame, conchiude il Basevi, giusto è che soffra la pena della propria negligenza e vegga annientato il proprio diritto ipotecario. La teoria del Basevi, se reggesse alla sana critica, renderebbe addirittura reale l'azione per lesione ove ha vigore il Codice austriaco scompagnato dall'istituzione dei libri fondiarii, poichè quanto egli dice del creditore ipotecario varrebbe per gli stessi motivi nei riguardi del terzo compratore; sarebbe da applicarsi altresì alle servitù e ad ogni altro diritto reale costituito sui fondi. Senonchè, quel motivo che il Carabelli adduce per escludere la realità dell'azione per lesione, secondo il Codice francese, nei riguardi dei creditori ipotecarii, e che non tiene innanzi al chiaro disposto del medesimo, s'applica invece, come lo fa il Carabelli medesimo, perfettamente al Codice austriaco; ed è l'analogia col caso della revoca delle donazioni per ingratitudine, revoca, che il Troplong sostiene essere con tutta giustizia solo personale verso il donatario (7) e che l'art. 958 del Codice francese e i §§ 949, 952 dell'austriaco sono concordi nel dichiarare per nulla pregiudizievole ai terzi. Il Troplong si potrà in questo punto tacciare col Carabelli di poca logica, per aver in linea di teoria difeso nella materia delle donazioni quanto combatte in quella delle ipoteche (8), ma non lo si potrà certamente accusare di torta interpretazione del Codice francese; chè quest'ultimo mostra esplicitamente

(7) *Delle donazioni tra vivi e dei testamenti*, art. 1344.

(8) *Dei privilegii e delle ipoteche*, art. 466; simile è l'opinione di Chiesi, *Sistema ipotecario*, NN. 687, 689.

al titolo della lesione, come faccia fra questa e la revoca delle donazioni quella stessa differenza che pone fra esse il suo commentatore. Nel Codice austriaco invece nulla è disposto riguardo ai terzi nei paragrafi sulla lesione, anzi il tenore dei medesimi la fanno apparire piuttosto d'indole personale che di reale, quindi l'analogia colle norme sancite per la revoca delle donazioni per ingratitudine spiega tutto il suo vigore, nè si può col Basevi, interpretando estensivamente un paragrafo che fu compilato solo nella supposizione dell' esistenza dei libri fondiarii, attribuire all' azione per lesione una portata che repugna alla sua natura razionale. Il Basevi cita decisioni supreme a carico dei creditori ipotecarii nell' argomento della lesione, ma altre ne abbiamo in appoggio di chi fa di quest' ultima un mezzo rescissorio meramente personale, e fra esse una dell' Appello veneto in data 31 luglio 1833 confermata in terza Istanza (Liberale Beretta, *Manuale della compra-vendita*, NN. 304, 307).

Il Codice austriaco ammette chiarissima la distinzione fra le cause di nullità e quelle di rescissione dei contratti; le prime operanti anche verso i terzi, le seconde solo fra le persone dei contraenti; e l'azione per lesione trova evidentemente il suo posto fra le seconde, parlandosi di essa al § 934 *come d'un titolo alla rescissione del contratto*. Il Codice francese al contrario confonde ad ogni passo i motivi annullanti coi rescindenti, nè deve quindi recar sorpresa se ammise che l'azione per lesione si potesse esercitare anche contro i terzi.

Il Carabelli loda, e a ragione, la legge ipotecaria della Toscana, la quale all' art. 62 stabiliva: « non si » risolvono (le ipoteche) e non si annullano, e continuano » a sussistere in tutta la loro efficacia quando la risolu- » zione o l'annullamento del dominio dell' acquirente, o » del possessore, è un effetto dell' azione rescissoria per » il caso della lesione enorme . . . . . salvi in questi casi » alla parte, cui ritornano i beni, i suoi diritti per l'e- » quivalente indennità contro la persona che ha obbligati » i beni medesimi ».

Il recente Codice italiano abbraccia il partito della

personalità dell'azione e lo esprime senza ambiguità. L'articolo 1308 del Codice italiano dichiara che l'azione per lesione « non produce effetto a danno dei terzi, i quali » hanno acquistati diritti sugl'immobili anteriormente alla » trascrizione della domanda di rescissione » (9).

Annoverammo gli oggetti, a cui si applica l'azione per lesione, indagammo la natura della medesima; vediamo ora qual grado di sproporzione fra la cosa e il prezzo sia necessario per autorizzarla.

Ad esuberante chiarezza, il Codice francese, l'italiano, l'austriaco dichiarano che nella determinazione del prezzo si debba prendere a base l'epoca in cui fu conchiuso il patto e non quella della domanda di rescissione. Troplong si allunga più di quanto avrebbe fatto d'uopo a commentare questa disposizione, mentre è cosa tanto ovvia che, quantunque nell'oggetto sieno avvenuti dei deterioramenti o delle migliorie, quantunque il prezzo della cosa nell'intervallo abbia variato, e la lesione sia anche del tutto scomparsa, o viceversa sia di molto cresciuta, pure stia sempre fermo qual dato regolatore il giusto prezzo al momento del contratto, ch'è il solo momento in cui la lesione ebbe luogo nei rapporti fra i due contraenti.

Ciò posto, qualunque sproporzione fra il giusto prezzo al tempo dell'alienazione e quello effettivamente ricavato potrà forse dar luogo alla rescissione? La risposta non può essere che negativa. Sta nell'ordine delle cose che ambedue i contraenti cerchino di lucrare, nè d'altronde

(9) Mastrofini, *op. cit.*, c. XVI, § 261, esprime essere comune sentenza de' giurisprudenti (il catalogo dei giureconsulti professanti tale opinione sta in Zanchio; *de laes.* p. 1, c. 4, § 19) che l'azione per lesione sia personale; ammette egli però l'esercibilità contro i terzi in due casi, e sono: 1. quando il corpo della lesione venne trasferito ad un terzo a titolo di donazione o di legato, e nella facoltà del donante non rimane tanto che basti a riparare il danno del contraente leso; 2. quando l'oggetto rispetto cui si verificò la lesione fu alienato mentre già pendeva la lite per rescissione del contratto lesivo.

i prezzi sono tanto stabili ed assoluti da potersi facilmente distinguere ciò che è frutto dell'oscillazione del mercato, da alterazioni lesive di non molto rilievo. Anche i fondi, il cui valore è più d'ogni altro costante, pure variano a seconda dei tempi, dei luoghi e di mille altre circostanze. La lesione non può essere fondamento a rescissione di contratto che quando è molto considerevole. Il Diritto romano riconobbe per il primo questo vero, e il rescritto di Diocleziano, che sanciva l'azione per lesione, « si tu » vel pater tuus rem majoris pretii minoris distraxerit », dichiarava più oltre « minus autem pretium esse videtur, » si nec dimidia pars veri pretii soluta sit ». Il limite fissato dal Diritto romano fu dunque quello della metà del vero prezzo della cosa. Tal limite fu accolto anche dalle Costituzioni dei Papi e passò dal Diritto canonico al civile del Medio evo. In Italia però alcuni Stati vollero ancor maggiormente proteggere la parte lesa, e a Venezia per rescindere il contratto bastava la lesione d'un terzo, (legge 1615, 19 settembre, pag. 199, corr. Erizzo). Pari disposizione contiene lo Statuto di Roma.

Nel Consiglio di Stato francese si discusse lungamente sulla misura della lesione. I più avversi a questo mezzo rescissorio avrebbero voluto un minimo di due terzi. Trionfò però il partito che la lesione dovesse essere di sette dodicesimi, partito commendevole perchè, comunque tenue sia l'alterazione del prezzo sui sette dodicesimi, vi è sempre la sicurezza che la lesione è stata superiore alla metà, laddove col sistema romano, adottato anche dal Codice austriaco e dall'italiano, nel caso di piccole differenze, che si possono considerare il più delle volte compenetrate nell' oscillare dei valori, resta il dubbio che la lesione non oltrepassi la metà del giusto prezzo. E' che la lesione sia indubbiamente almeno della metà non è esiger troppo, trattandosi d'un rimedio eccezionale di diritto. Sarebbe poi di massima opportunità che quelle legislazioni, le quali ammettono la rescissione per lesione rispetto agli oggetti mobili, richiedessero per essi che il prezzo fosse alterato di due terzi. Qualche scrittore tedesco, per es. Ickstad (*de laesione enormi recte computanda*, Herbipol, 1734),

nell'estendere il disposto del rescritto di Diocleziano al compratore, opinava che per quest'ultimo vi fosse lesione quando avesse pagato qualche cosa più che una volta e mezzo l'intero prezzo (10). Se non che è questa una interpretazione troppo letterale della legge, il cui spirito invece esige che si tenga per leso il compratore solo quando abbia pagato più del doppio del valore della cosa, poichè in questo caso soltanto trovasi egli a pari condizione del venditore che ebbe meno della metà del giusto prezzo. Il Codice austriaco non lascia ambiguità in argomento, disponendo per entrambi i contraenti, senza distinzione di venditore e compratore, di cosa e di prezzo, che la rescissione abbia luogo quando « una delle parti » non ha nemmeno ricevuto la metà di ciò che diede al- » l'altra » (11). L'opinione di Iekstad concorda colla Glossa d'Accursio. Per l'opposta sentenza stanno Carlo Zacchi e Averani, il quale ultimo prova egregiamente la sua tesi (*Interpret. jur.*, l. 5 Lugd. 1751; 18., l. 3.), osservando che, soccorrendo il compratore che dà 16 per ciò che vale 10, converrebbe soccorrere anche il venditore che riceve 10 per ciò che vale 16, e la lesione non sarebbe più d'una metà, ma solo d'un terzo.

Il Codice francese autorizza la rescissione per qualunque grado di lesione a favore del minore non emancipato (art. 1305), eccetto quei casi da noi più sopra indicati, in cui non ammette neppure la lesione oltre i 7|12 nei riguardi dei minori, protezionismo esagerato, che giustamente non fu seguito dal Codice italiano.

Se il compratore vuol ritenere la cosa prestando il

(10) Iekstad eccepiva da questa regola la permuta, ma ve la comprende invece Mastrofini (*op. cit.*, c. IX § 181), essendo anche in essa, secondo la sua teoria, distinta la persona del compratore da quella del venditore.

(11) Mastrofini, *op. cit.*, c. VIII § 166 osserva che, se il venditore sopra una merce dell'importo di 12, ha diritto a reclamare se ricevette 5, lo ha parimenti il compratore, se diede invece per la stessa merce 19, essendo in ambedue i casi la differenza egualmente di 7.

supplemento del prezzo, il Codice Napoleone lo favorisce con un equo temperamento da esso introdotto ad innovazione dell' antica giurisprudenza francese. Il detto Codice stabilisce che, in questo caso il giusto prezzo subisca la diminuzione d'un dieci per cento. Nel progetto era posto l'obbligo di compire l'intero giusto prezzo. A dimostrare la convenienza dell' inserirvi modificazione non possiamo far di meglio che riportare le parole, con cui la difese il primo Console. « Se il venditore, disse egli, avesse » voluto attenersi rigorosamente al giusto prezzo, lo ac» quirente non avrebbe comprato. È dunque ragionevole » ridurre il giusto prezzo di un dieci per cento. Di rado » una cosa vien comprata pel suo esatto valore. Del re» sto il compratore ha giovato al venditore soccorrendo » al suo bisogno, e questi avrebbe certamente consentito » a ricevere novanta per cento del valore ». Questo temperamento è una giustizia resa al compratore, e nel tempo stesso un mezzo per fargli preferire il serbare in vigore il contratto alla restituzione della cosa, ed è compito incontrastabile della legge il tener fermi al più possibile i patti, quando contemporaneamente sono tutelati a sufficienza i diritti delle parti. Il Codice austriaco e l'italiano riprodussero invece anche in ciò il disposto del diritto romano: « Si emptor elegerit, quod deest justo pretio recipias » (l. 2, C. IV, 44, *De rescind. vend.*). Pei patti divisorii dell' asse ereditario il Codice austriaco non contiene alcuna norma speciale, sicchè essi pure saranno rescindibili solo se lesivi oltre alla metà. Invece il Codice francese e l'italiano molto provvidamente stabilirono, bastare che la lesione superasse il quarto per rescindere i patti divisorii, ancorchè vestissero essi la forma di vendita, permuta, transazione o di qualunque altro contratto non aleatorio. La complicata natura degli affari di divisione, le speciale immoralità dell' ingiusta partizione delle quote fra coeredi sono motivi fondatissimi per una disposizione straordinaria nel caso di lesione, e sono degne di plauso le legislazioni che in questo proposito, pur attenuandone il disposto, calcarono le orme del diritto romano, il quale accordava d'impugnare le divisioni stra-

giudiziali fra coeredi per qualunque grado di lesione. (l. *majoribus*, 3, *Cod. communia utriusque judicii*).

Quale dovrà essere la durata dell'azione per lesione? Noi, che abbiamo definita la lesione come un rimedio di equità, non come un istituto di stretto diritto, non sosterremo giammai che per estinguerla sia necessario il decorso del termine per l'ordinaria prescrizione. Ma ci sembra che per l'esercizio della medesima debba stabilirsi lo stesso termine fissato in generale per le altre azioni rescissorie. Di tal guisa la legge austriaca non sarà appuntabile perchè concesse solo tre anni al contraente leso. La critica, che giustamente essa merita, dovrà rimontare più in alto; sarà da muoverle censura per avere ristretto troppo il termine per tutte le azioni rescissorie, compresa quella importantissima d'impugnare una disposizione d'ultima volontà. Sono invece poco logici il Codice francese e l'italiano, i quali, dopo aver sancito il periodo, quello di dieci, questo di cinque anni, per le azioni rescissorie in genere, fanno eccezione per quella di lesione, limitandone l'esercizio a soli due anni. Per l'antico diritto francese il termine era di dieci anni (12). Il Troplong loda la brevità del termine adottato dal Codice Napoleone perchè agevola la trasmissione dei fondi, motivo, che ha un grande valore, ammessa l'indole reale della azione per lesione quale emerge da quel Codice, ma che non regge col sistema del Codice italiano, il quale, mentre provvide ai terzi colla trascrizione, poteva e doveva accordare alla parte lesa un più lungo periodo nei rapporti personali coll'altro contraente. Il termine di dieci anni pel Codice francese, di cinque per l'italiano, vige invece per la lesione del quarto nelle divisioni ereditarie. Allungando il periodo prescrizionale, sarebbe conveniente porre un divario fra gli oggetti mobili e gl'immobili, e il Codice austriaco, che li differenziò pel termine dell'evi-

(12) Secondo il Codice Albertino il diritto di rescindere una vendita lesiva durava 5 anni.

zione, non comprendesi come non abbia analogamente disposto in materia di lesione (13).

L'argomento della prescrizione ne trae seco uno di non minore importanza, quello, cioè, se alla lesione si possa applicare il canone: *temporalia ad agendum, perpetua ad excipiendum*. È questo un problema complesso, ed a risolverlo è anzitutto necessario porre in sodo se o meno la lesione si possa far valere quale eccezione.

Non v'è alcun valido motivo perchè un diritto del tutto simile a quello della compensazione, quale è il diritto della parte lesa, non sia ammesso come mezzo con cui difendersi nel caso che la controparte esiga l'adempimento del contratto lesivo. Il Codice francese e l'austriaco non contengono alcuna disposizione che interdica l'uso dell'eccezione di lesione. Nel sistema del Codice austriaco, che ha esplicita la distinzione fra azioni di nullità e azioni di rescissione, e che ascrive alle seconde quella di lesione, alcuni negano a quest'ultima d'assumere la forma d'eccezione, perchè trovano repugnante che si possa esimersi dall'obbligazione portata da un contratto, che è perfettamente valido finchè apposita sentenza di giudice non lo dirima. Su questo motivo si fondava una sentenza della suprema Corte di Vienna del 3 settembre 1855 (*Eco dei Tribunali*, anno VI), la quale respingeva l'eccezione di lesione opposta dal convenuto in una lite per pagamento del prezzo d'oggetti mobili venduti, e rimetteva l'eccipiente a far valere i suoi diritti con regolare petizione. Questa sentenza era evidentemente ispirata da un eccessivo formalismo giuridico, poichè, se è conforme alla scienza e alla positiva legislazione austriaca il risguardare la lesione come rescindente, non come annullante i contratti, per nulla osta a ciò che la rescissione a favore della parte lesa, invece che in sede speciale venga giudizialmente dichiarata nell'atto stesso in cui si decide sulle pretese del-

(13) Mastrofini *op. cit.*, c. VIII § 170, ascrive secondo il diritto romano il termine di 30 anni anche all'azione per lesione. Lo Statuto di Roma la limitò ad anni 16.

l'altro contraente. E a tale equa massima portò il peso della propria autorità l'Appello lombardo con sentenza 8 aprile 1859, confermata il 5 settembre detto anno dalla terza Istanza per la Lombardia (*Eco dei Tribunali*, anno XI), la quale corroborava la propria tesi coll'aforisma, *reus in excipiendo fit actor*, e posteriormente la suprema Corte di Vienna con sentenza 31 gennaio 1861 (*Eco dei Tribunali*, anno XIII), emanata in pien Consiglio e quindi tale da togliere ogni forza alle precedenti sentenze in senso contrario pronunciate da singole Sezioni.

Quest'ultima sentenza merita speciale considerazione, perchè nel mentre ammise l'esercibilità della rescissione dei patti lesivi in via d'eccezione, vietò di accamparla anche in questa forma dopo spirato il lasso di tre anni, contro quanto era stato ammesso da conformi decisioni riferite nell'*Eco dei Tribunali* del 1852, N. 71, le quali vengono invocate dal Basevi nella sua nota al § 935 del Codice austriaco quali dati per ritenere perpetua la durata del rimedio della lesione come eccezione. Che la rescissione d'un patto lesivo quale eccezione non sopravviva all'espiro del termine accordato per farla valere in forma d'azione è cosa affatto razionale, e l'adagio *perpetua ad excipiendum* la sana ragion civile esige venga applicato allora solo che il diritto di cui trattasi non si possa esercitare come azione, e che quindi il limitare il termine dell'eccezione sarebbe porre quello, a cui favore fu essa istituita, alla discrezione della parte avversa; tale sarebbe il caso dell'eccezione della cosa giudicata, di quella *rei venditae et traditae*. Altrimenti riuscirebbe frustraneo assai di sovente il termine imposto all'esercizio delle azioni. Il contraente leso, che in capo al termine di prescrizione fissato per l'azione rescissoria, viene impetito per l'adempimento degli obblighi da lui incontrati, deve imputare a propria colpa soltanto se non impugnò in tempo utile il patto lesivo. Il Codice francese, come l'austriaco, non dà alcuna norma precisa in proposito e quindi nulla si oppone ad applicare, ove esso ha vigore, la logica massima adottata dalla succitata sentenza di terza Istanza. Il Codice italiano invece, dopo aver rettamente riconosciuto

l'uso dei mezzi rescissorii in generale, e quindi anche di quello per lesione come eccezione, commette poi l'errore di dichiarare che quali eccezioni non sono essi soggetti alla prescrizione, a cui soggiacciono in forma d'azione.

La prescrizione dell'azione per lesione secondo il diritto comune non compievasi contro i minorenni e gli interdetti che dopo cessata la minorità e l'interdizione, ed il periodo ne era raddoppiato per gli assenti. Il Codice austriaco pare mantenga in vigore analoghi principii, dacchè, mentre li sancisce in via generale per ogni termine di prescrizione, non vi deroga in alcun modo al capo della lesione. In questo senso giudicò il Senato lombardo veneto, nè sembra abbastanza fondata in diritto una sentenza della suprema Corte di Vienna del 24 marzo 1863 (*Eco dei Tribunali*, anno XIII) che stabilisce la massima opposta quando i minori sieno rappresentati. Ed invero il § 1494 del Codice austriaco distingue esplicitamente il caso in cui il minore sia rappresentato, da quello in cui non lo sia; nel primo caso fa bensì decorrere la prescrizione, ma anche in esso esige pel compimento della medesima che sieno passati due anni dopo raggiunta l'età maggiore. Il Codice francese non vuole che il termine sia allungato nè pei minorenni aventi causa da un maggiore d'età (intendasi successori di chi fu leso nella vendita, chè le vendite fatte da essi medesimi sono, come già notammo, inattaccabili a titolo di lesione), nè pegl'interdetti, le donne maritate e gli assenti, trattandosi di vendita di beni immobili. Per contratti d'altro genere invece l'azione per lesione riguardo ai minorenni gode del privilegio ad essi generalmente accordato dalle leggi francesi della sospensione del decorso del termine fino al compimento della maggiore età. Il Codice italiano pareggia, rispetto alla prescrizione dell'azione contro le vendite d'immobili lesive, i minorenni aventi causa da un maggiore d'età, gl'interdetti, gli assenti ai maggiorenni.

Veduto quando sia il caso di dar adito alla rescissione dei contratti per lesione, ci rimane a considerare quando invece sia consulto l'escluderla. In tre circostanze a mio avviso la rescissione non dovrebbe essere ammessa;

quando cioè si possa da certi indizii desumere che si volle fare un contratto misto a titolo oneroso e lucrativo, quando l'oggetto sia stato venduto all' asta giudiziale, e per ultimo, astraendo dalla questione, se o meno sia conforme ai principii della ragion civile il far luogo nel computo del valor delle cose al prezzo di speciale affezione, posta una legislazione che ne tenga conto, quando la sproporzione nel correspettivo dipenda da codesto straordinario pregio dell' oggetto nei rapporti coll' acquirente.

Le prime due eccezioni sono così volute dalla natura delle cose che niuna legislazione potè negarle. Il diritto romano fissava la massima: « Si quis donationis causa minoris vendat, venditio valet » (leg. 38, D. XVIII, 1). Il Codice francese, sebbene sancisca all' art. 1674 essere nulla la clausola con cui il venditore avesse dichiarato di » donare il di più del valore », disposizione riprodotta dall' art. 1529 del Codice italiano, ciò si riferisce al caso in cui il contratto misto fosse simulato e in realtà si trattasse d' una vendita lesiva, ma, « se le circostanze indi» cassero, scrive Troplong (*Commentario della vendita*, » cap. VI, § 797), che le parti hanno piuttosto stipulato » nel concetto di donazione che in quello di vendita, non » si dovrebbe porre mente alla vilezza del prezzo ». Il Codice austriaco esplicitamente eccepisce dalla rescissione per lesione i contratti misti (§ 935); sarebbe stato però desiderabile che non avesse disposto che l' indole mista del patto « si debba presumere dai rapporti personali » dei contraenti, dato troppo speciale e troppo incerto, ma avesse invece basata la presunzione anzitutto sulle modalità del contratto, sulle circostanze precedenti e concomitanti, una delle quali, ma non l' unica, nè l' essenziale, sarebbe stata anche quella dei rapporti personali dei contraenti.

L' esenzione dall' azione per lesione delle vendite giudiziali è stabilita, così dall' art. 1684 del Codice francese, come dal § 935 dell' austriaco. Che il diritto romano non ammettesse la rescissione per lesione quando era intervenuta l'autorità del giudice, lo dimostra la l. 3, *Cod. communia utriusque judicii*, secondo la quale non pote-

vano impugnarsi le divisioni giudiziali fra coeredi. La dispensa dall'azione di lesione non valeva che per alcune vendite giudiziali, per quelle cioè solamente delle Corti sovrane secondo l' antica giurisprudenza francese. Il Codice Napoleone la estese a tutte le vendite giudiziali. E la cosa è perfettamente equa, poichè, per quanto vile sia il prezzo ritratto da vendite siffatte, esso è il massimo che le condizioni di tempo e di luogo permettano di ricavare dalla cosa, attese le severe formalità che le accompagnano. Non è molto precisa l' espressione *pubblici incanti* usata in proposito dall' art. 1536 del Codice italiano (14). La giurisprudenza però oprerebbe saviamente dando alla parola *pubblico* in questo argomento il significato di giudiziale. Tanto è spiccato, secondo la legislazione austriaca, il concetto di dispensare dalla rescissione per lesione solo le vendite giudiziali, che l' art. 73 della sovrana Patente 18 aprile 1816 sull' esecuzione privilegiata fiscale, la quale pure ha luogo per pubblica asta, riserva espressamente la facoltà di rescindere la delibera al debitore leso, ove si verifichino gli estremi voluti dal Codice civile. Eppure trattasi d' esecuzione verso un debitore moroso, ma nell' assenza del giudice è tenuta ferma l' azione per lesione, esercibile bene inteso contro l' acquirente, non contro l' esattore, ove per parte di quest' ultimo non vi sia alcun grado di dolo o di colpa. Nel diritto di Roma vigeva una disposizione consimile per la vendita dei fondi a sodisfacimento delle pubbliche gabelle (L. 9, L. XVIII, D. *de rescindenda venditione*) (15).

(14) Il Codice Albertino disponeva all' art. 1689 : « Essa » (la rescissione per lesione) neppure ha luogo nelle vendite » che si fanno ai pubblici incanti per autorità di giustizia ».

(15) Secondo Mastrofini anche (*op. cit.*, c. XVI § 273), in caso di subasta a termini del diritto comune vigeva l' azione rescissoria per lesione, ma solo se la prova della lesione fosse stata evidentissima. Il termine di prescrizione era di 30 anni anche in questo caso. La Costituzione *post diuturnas* di Pio VII, (art. 36) la ridusse ad un anno nello Stato Pontificio.

La terza eccezione, speciale a quelle legislazioni che mettono a calcolo il valor d'affezione, è fondata su ciò che, una volta riconosciuto questo valore, esso può essere di sovente inestimabile e tale, che la sproporzione nel correspettivo da una parte, quale risulterebbe tenuto conto solo del valore ordinario della cosa prestata dalla parte opposta, venga a risolversi in una sproporzione in senso contrario, ove sia messo nella bilancia il particolar valore d'affezione, purchè ben inteso quest'ultimo esista in realtà, nè sia un velo per coprire un contratto lesivo. Il diritto romano, che non tratta in generale del valore d'affezione, non ne parla neppure al capo della lesione. Il Codice francese e l'italiano non possono esimere dalla rescissione per lesione i contratti, in cui il valor d'affezione abbia influito sulla determinazione delle parti, indipendentemente dal silenzio tenuto da quelle legislazioni in genere su codesto valore, per il fatto che esse non accordano l'azione per lesione al compratore, al permutante e così via, ma la limitano al solo venditore, in cui confronto evidentemente non trova applicazione la massima relativa al prezzo d'affetto. Essa è invece sancita dal Codice austriaco al § 935 in corrispondenza alla teoria di quel Codice sul valore delle cose. La ammette pure qualche decisione della Rota romana.

Ai suddetti tre casi di dispensa dall'azione rescissoria per lesione, il Codice austriaco ne aggiunge altri due; la rinuncia cioè espressa o tacita, e l'impossibilità di più riconoscere il vero prezzo della cosa. Esso fa consistere la rinuncia tacita nell'assenso alla sproporzione nel correspettivo prestato da chi, all'atto della convenzione, era a conoscenza del vero prezzo dell'oggetto. L'Haimberger nel suo *Trattato di Diritto romano privato e puro*, accoglie l'opinione che la rinuncia espressa e la tacita alla azione per lesione valessero secondo il diritto romano, e ciò, appoggiato a tre passi del *corpus juris* di generica significazione e a due speciali sui patti lesivi. I tre primi sono: il fr. 145, D. L. 17, *de regulis juris*; il fr. 203 id.; il c. 29, C. II, 3, *de pactis*. Il tenore di questi frammenti è, che a ragione si risente un danno quando questo

deriva da colpa propria; che non v'ha frode da una parte quando dall'altra v'è consapevolezza e adesione; che non si possono rescindere i diritti per circostanze scoperte dopo conchiuso il contratto. Son questi evidentemente canoni sommi di giurisprudenza, canoni che campeggiano anche nei Codici francese ed italiano, i quali pure escludono la rinunzia all'azione di lesione, e ciò pel grande principio che la legge speciale deroga alla generale. Se quei passi di diritto romano avessero la forza, che loro attribuisce l'Haimberger, non toglierebbero di mezzo la rescissione per lesione solo nel caso di rinunzia alla medesima, ma la eliminerebbero nella maggior parte dei casi, astraendo affatto dalla rinunzia. Potrebbesi osservare però che nella assenza di quest'ultima soccorre la legge speciale, che autorizza la lesione, e che la legge generale si applica solo quando abbia avuto luogo la rinunzia. Nostro compito sarà ora di dimostrare che la rinunzia tacita era stata preveduta da apposito brano del *corpus juris*, e per escluderla, sicchè per analogia di motivi restava esclusa dal diritto romano anche la rinunzia espressa, non esistendo alcun frammento che le dia forza. Seguiremo le tracce del Domat che al tit. II, sez. IV, § 5, delle sue *leggi civili nel loro ordine naturale*, adopera queste precise parole: « La rescissione per motivo della viltà del prezzo » è indipendente dalla buona o mala fede del compra» tore. E tanto se abbia saputo, quanto se abbia ignorato » il valore della cosa venduta, basta per risolvere la ven» dita che il prezzo sia minore della metà del detto va» lore ». Egli fonda tali asserzioni sulla l. 8, C. *de rescind. venditione*, la quale così suona: « Hoc enim solum, » quod Paulo minore pretio fundum venditum significas, » ad rescindendam venditionem invalidum est. Quod si . . » . . . . paullatim venditore de eo, quod petierat, detra» hente, emptore autem huic, quod obtulerat, addente, » ad certum consentiunt pretium: profecto perspiceres ne» que bonam fidem, quae emptionis atque venditionis con» ventionem tuetur, pati, neque ullam rationem concedere, » rescindi propter hoc consensu finitum contractum, ... » nisi minus dimidia justi pretii. . . . . datum esset . . . . ».

Trattasi del caso di libera contrattazione; ambe le parti apprezzano scientemente e liberamente il valore della cosa e ciascuna cerca il proprio vantaggio; se esse infine vengono ad accordarsi e il correspettivo fissato riesce un po' minore del giusto prezzo, il contratto dovrà egualmente sussistere perchè lo esige la buona fede, che governa il patto di compravendita; ma, se la differenza supera la metà del giusto prezzo, la buona fede del patto, la scienza e coscienza della parte lesa non giovano; la vendita va legittimamente rescissa. La destituzione d' ogni valore della rinuncia tacita non poteva esprimersi con maggior precisione. I passi di diritto romano speciali alla lesione citati dall' Haimberger sono, anzitutto il fr. 38, D. XVIII, *de rescind. vend.*, che esclude la lesione nei contratti misti, onerosi e lucrativi, e che ci occorse già di citare. Quel frammento usa l'espressione *donationis causa* ad indicare che la natura mista del contratto deve esser reale. Quindi, se il carattere di parziale gratuità è simulato, le leggi relative alla lesione riprendono tutto il vigore, ed il passo addotto dall' Haimberger, lungi dall' infirmare la nostra tesi, la avvalora, estendendo palesemente alla rinunzia espressa quanto fin qui dicemmo della tacita, giacchè il patto misto simulato non è che una forma di espressa rinunzia all' azione per lesione. Se non avesse dunque bastato l' analogia colla rinunzia tacita, il romano Diritto darebbe egualmente fondamento per privare d' ogni efficacia la rinuncia espressa alla rescissione dei patti lesivi. L' altro passo, a cui si riferisce l' Haimberger è il c. 11, C. IV, 44, e tale ne è il testo: « Venditor factum emptoris, quod » eum tempore contractus latuit, post arguendo, non quod » eo tempore scierit quo id ageretur, et consensit, de dolo » queri potest. Igitur cum patrem tuum, ut majus com» prehenderetur instrumento pretium, quam rei, quae di» strahebatur, esse convenerat, consensisse profitearis, pro» pter hoc solum de circumscriptione frustra queritur ». Che significa questo passo se non che la sola sproporzione nel prezzo, ove sia stata liberamente e scientemente accettata dalle parti, non può autorizzare la rescissione dei contratti? Che di diverso sancisce la l. 8 del medesimo

titolo, la quale pure a siffatta norma, come canone generale, fa un'eccezione pel caso di lesione oltre alla metà, eccezione che non è per nulla tolta dal passo messo innanzi dall'Haimberger?

La giurisprudenza antica di Francia risguardava come nulle le rinunzie all'azione rescissoria per lesione, persino se fatte con giuramento. Di più, sotto il vecchio regime vi furono giudicati francesi che dichiararono irrita anche la rinunzia fatta con atto separato e posteriormente al contratto. Troplong nel suo *Commentario della vendita*, C. VI, § 798, trova troppo rigorosa questa teoria, nonchè contraria ai principii generali di diritto; sotto l'impero del Codice Napoleone la ravvisa poi contraria al positivo disposto di legge, poichè l'art. 1674 di quel Codice usa l'espressione: *rinunziato nel contratto*. Questa espressione è riprodotta nell'art. 1529 del Codice italiano. Per quanta forza abbia l'obbiezione di Troplong fondata sulla legge positiva, resterebbe però a vedersi se, vigendo gli stessi motivi che fanno tener come nulla secondo il Codice francese la clausola di rinunzia inserita nel contratto, non si debba dalla giurisprudenza trattare nella stessa guisa anche la rinunzia *ex intervallo*. In sè stessa quest'ultima, come nota eccellentemente il Troplong, è valida al pari che l'abdicazione di qualunque altro diritto, ed in generale, fatta a contratto conchiuso, non implica quella pressione morale, che nel momento del contratto può essere assai facilmente frutto della stringente necessità, che, come induce il contraente a soffrire la lesione, lo persuade altresì a privarsi della facoltà d'impugnare la lesione medesima. Ma, se le circostanze del fatto dessero a vedere che la posteriore rinunzia fu un artificio architettato per deludere la legge e che il contraente leso si era già obbligato a prestarla mentre stringevasi il patto, quantunque questo non ne tenesse parola, ovvero, se si scoprisse che essa trova il suo addentellato con ulteriori convenzioni fra le due medesime persone, così che la pressione non intervenuta nel contratto anteriore si verifica invece nel nuovo, la Magistratura agirà saviamente allargando il significato letterale delle parole così del Codice francese come

dell'italiano, poichè nei detti casi la rinunzia separata presenta quei pericoli stessi, che spinsero il legislatore a dichiarar nulla la rinunzia inserita nel contratto.

Se in questo argomento la giurisprudenza sotto il regime del Codice Napoleone e di quanti lo imitarono, ha per còmpito l'interpretazione estensiva, col sistema delle leggi austriache si deve invece attenersi alla restrittiva. Fa d'uopo infatti attenuare le perniciose conseguenze della clausola di rinunzia ammessa dal Codice austriaco, dacchè, come è naturale, ove esso vige non v'ha quasi contratto lesivo, in cui la prefata clausola non trovi posto. Se in tal materia la giurisprudenza non supplisce all'imperfezione della legge, torna si può dire illusorio il paragrafo che accórda la rescissione dei contratti lesivi. E i Tribunali si adoperarono in questo senso. Citeremo fra le altre due sentenze dell'Appello veneto in data 5 giugno 1854 e 31 gennaio 1855 (*Eco dei Tribunali*, anno V), le quali distinguono la lesione enorme oltre alla metà del giusto prezzo dalla enormissima oltre i due terzi, ed ammettono che la clausola di rinunzia valga solo quando trattisi semplicemente di lesione enorme, ma che sia invece come non aggiunta quando la lesione è enormissima, poichè in questo caso è da supporsi errore nella parte lesa, errore evidentemente conosciuto dall'altro contraente, come il dimostra l'inserzione della rinunzia, e quindi il contratto a tenore dei §§ 871 e 872, Cod. civ. va soggetto a risoluzione, ovvero porta l'obbligo dell'indennizzo, che nel concreto caso è riposto nella prestazione del supplemento del prezzo (16).

L'altra circostanza contemplata dal Codice austriaco per l'esonero dall'azione rescissoria di lesione, quella cioè dell'impossibilità di più riconoscere il vero prezzo della cosa, si riferisce piuttosto alla procedura che al diritto, traducendosi essa nella valutazione dei mezzi pro-

(16) Secondo Mastrofini (*op. cit.*, c. X § 211), la lesione enormissima sopra i due terzi rende nullo il contratto, *et id quod nullum est, rescindi non potest*, (*C. ex empt. ff. de act. empt. et vendit*).

batorii. L'averla accennata da parte del legislatore austriaco fu per lo meno cosa superflua, poichè tanto sarebbe stato il dire, non ammettersi l'impugnativa dei patti lesivi quando più non dura la prova della lesione, ed è assioma primordiale d'ogni sistema di procedura, che quanto non è provato, è come non esistesse. Ma se questa disposizione fosse stata solo superflua, il male non sarebbe stato molto grave. Il peggio si è che essa indusse talora i Tribunali a respingere petizioni per lesione, anche quando pur potevasi dimostrare che lesione oltre alla metà era avvenuta, pel solo motivo che mancava un dato genere di prova del vero prezzo al momento del contratto, mentre per altra via se lo avrebbe potuto egualmente determinare. Così il Tribunale di Milano con sentenza 26 marzo 1861 (*Eco d[illegible]ibunali*, anno XIII), giudicava che, in mancanza di stato consegnativo eretto al momento della vendita, i miglioramenti fatti in un fondo escludevano la rescissione per lesione, non potendosi più riconoscere il giusto prezzo all'epoca del contratto a termini del § 935, Cod. civ. L'interpretazione data da questo giudicato al tenore del paragrafo sarà erronea, non lo neghiamo; essa escluderebbe quasi sempre l'azione per lesione rispetto agli oggetti mobili, che fossero stati comunque trasformati o variamente adattati dall'acquirente, non istendendosi il più delle volte stato consegnativo nella vendita di beni mobili; eppure il Codice austriaco, che estese anche ai mobili l'azione per lesione, non può averla poi in varii casi resa pressochè frustranea con una norma eccezionale di procedura. Con tutto ciò la teoria del Tribunale di Milano non appare affatto ingiustificata quando si parta dal principio che nulla di superfluo deve contenersi nelle parole del legislatore, e che, se esso dedicò un apposito inciso alla prova della lesione, ciò non fu per dire solamente che la lesione deve essere provata, ma piuttosto per accennare ad una speciale squisitezza di prova da raggiungersi prima di dichiarare rescissi i patti lesivi. Con minore ambiguità e maggiore efficacia il Codice francese e l'italiano mirarono a limitare l'esercizio dell'azione per lesione col mezzo della prova, prescrivendo che la prova

della lesione non venga ammessa che « nei casi solamente » in cui i fatti dichiarati fossero tanto verisimili e tanto » gravi da far presumere la lesione (art. 1677 del Co» dice francese e 1532 dell'italiano). » In appresso però il Codice francese sembra porre in soverchia angustia di prove il contraente leso, fissando che la prova della lesione si faccia esclusivamente mediante periti (art. 1678), ma in fatto ciò non è, perchè nulla vieta ai periti di basare il loro voto su dati somministrati da documenti ed anche da testimonii, nei casi in cui è generalmente ammessa la prova testimoniale. Ciò emerge dalle discussioni tenute al Consiglio di Stato francese (17). L'antica giurisprudenza francese ammetteva invece la prova della rescissione per lesione anche in forma diversa dalla perizia. Eguale è la teoria del Codice austriaco, [illegible], come vedemmo, inaccettabile il senso attribuito al disposto del § 935 dal suddetto giudicato della Magistratura milanese. Questa latitudine del Codice austriaco in materia così delicata e di così facile abbaglio, quale è quella della lesione, può tornar sommamente pericolosa. Con opportuno avvedimento il Codice italiano seppe ovviare all'eccessiva larghezza dell'austriaco, disponendo che la prova normale sia la perizia, ma nel tempo stesso con saggio avvertimento derogò in parte anche al sistema del francese, fissando che si faccia luogo alla prova testimoniale, anche non verificandosi i casi in cui essa generalmente sarebbe ammessa, quando si debbano « stabilire circostanze di » fatto che la perizia non ha potuto definire ». In pratica però anche il regime austriaco non portò gravi inconvenienti, poichè i Tribunali ordinarono la perizia quasi ogni volta essa fu possibile, ed eliminarono l'uso di un mezzo di prova, che in liti per lesione sarebbe stato assolutamente immorale, quello cioè del giuramento estimatorio. La terza Istanza per la Lombardia con sentenza 15 marzo 1860, dichiarando non potersi provare la lesione enorme col giuramento estimatorio, ne adduceva a motivo che tale specie di giuramento è ammissibile solo quando,

(17) Troplong; *Commentario della vendita*, c. VI § 883.

provato il fatto che dà luogo all'azione, trattasi di liquidare l'importo, e chè nell'azione contro un patto lesivo, il fatto che vi dà fondamento non è riposto in altro chè nella differenza d'importo fra il prezzo d'alienazione e il giusto prezzo della cosa (*Eco dei Tribunali*, anno XIII).

Quanto al foro competente a giudicare le cause di lesione, sembra che secondo il diritto romano, fosse, come in tutte le altre cause di restituzione in intiero, il foro del domicilio dell'impetito. L'antica giurisprudenza francese nel caso di terzi detentori voleva che l'azione si spiegasse al foro *rei sitae*; altrimenti era per essa indifferente l'adire il foro personale od il reale. Troplong opina che questo debba essere il sistema da tenersi eziandio sotto il regime del Codice Napoleone. Limitata la questione al caso che sia convenuto il primo acquirente, questo argomento di competenza non pregiudica affatto la tesi svolta più indietro dell'indole essenziale dell'azione per lesione rispetto a coloro, che la risguardano come intrinsecamente personale, poichè, anche riconoscendo la procedibilità innanzi al foro reale, lo si fa solo per una ragione di convenienza, ragione che indusse molte legislazioni a deferire al detto foro anche petizioni in adempimento di contratti. Ciò premesso, non esiteremmo un istante ad associarci in questo punto alla massima sostenuta dal Troplong, anche in relazione al disposto della legislazione italiana e dell'austriaca. Ed invero, quanto a quest'ultima, una sentenza di terza Istanza del 24 marzo 1863 autorizza la libera scelta fra il foro personale ed il reale nelle azioni per lesione (*Eco dei Tribunali*, anno XIII).

Oltre alla restituzione dell'oggetto, o al supplemento del prezzo, devesi niun'altra cosa dal convenuto? Il Codice francese e l'italiano rispondono esplicitamente a quest'inchiesta, fissando, quello all'art. 1682, questo all'articolo 1535, essere dovuti altresì i frutti della cosa, dedotta la compensazione cogl'interessi del prezzo versato, ovvero, se il compratore intende di ritenere la proprietà della cosa, gl'interessi sul supplemento del prezzo, sia i frutti, sia gl'interessi computati dal giorno della domanda di re-

scissione. Il Codice austriaco non contiene alcuna speciale disposizione in proposito, sicchè per quanti ammettono l'indole reale dell'azione farà d'uopo ricorrere a ciò che è sancito pel possesso di buona e mala fede. Per noi che la riteniamo personale, varranno invece i principii adottati al capo dell'indennizzazione, e quindi l'obbligo degl'interessi o dei frutti decorrerà dal giorno, in cui incominciò il godimento della cosa, solo se vi fu un qualche grado di colpa, colpa che sarà determinata nel concreto caso dalle circostanze del contratto e fra esse dall'entità della lesione; altrimenti opiniamo che debbansi a partire dalla domanda. Troplong interpreta il diritto romano nel senso adottato dal Codice francese; anche secondo Domat i frutti e gl'interessi decorrevano solo dalla domanda; opposto era invece il parere di Cujaccio, che faceva in ogni caso iniziare dal principio del godimento la ragione agli accessorii della cosa. Basevi applica la massima di Cujaccio al Codice austriaco per ciò che concerne gl'interessi dovuti quando venga prestato il supplimento del prezzo.

Chiuderemo questa analisi col voto che nel caso di modificazioni al patrio Codice civile si tenesse conto, quanto alla portata dell'azione per lesione, del Codice austriaco, e non si dimenticassero, quanto alla misura dell'importo alterato, i saggi accorgimenti della legislazione francese.